
論 説

立法の不作为をめぐる 司法消極主義と積極主義 (二)

中 谷 実

一 はじめに

二 消極主義のアプローチ

《消極主義 I》

(一) 「法律上の争訟でないゆえ、不適法として却下」アプローチ

(二) 「無名抗告訴訟としての要件を欠くゆえ、不適法として却下」

アプローチ

(三) 「事情判決の法理は適用できないゆえ、不適法として却下」

アプローチ

(四) 「確認の利益を欠くゆえ、不適法として却下」アプローチ

(以上、30 卷 3・4 号)

《消極主義 II》

α タイプ

(一) 「法律 (国民年金法) 判断」アプローチ

β タイプ

(一) 「法律 (国賠法) 判断」アプローチ (以上、本号)

二 消極主義のアプローチ [承前]

《消 極 主 義 II》

《消極主義 II》は、本案判断に入るものの、憲法判断に入らないで事件を処理するアプローチである。このアプローチは、憲法問題を提起した者に有

利な結論となる α タイプと、そうでない β タイプに分かれる。

α タイプ

(一) 「法律（国民年金法）判断」アプローチ

A 概 要

これは、20歳以上の学生を強制適用の対象から除外していた国民年金法の規定が違憲無効ゆえ、取り消すべきとする原告の主張に対し、憲法判断に入らず、国民年金法の解釈により原告勝訴とする学生無年金訴訟において見られるアプローチである（学生無年金訴訟では、処分の取消し請求と立法不作為を理由とする国賠請求がセットとなっている。前者の取消し請求においても、立法の不作為が問題にされており、本稿の対象とする）。このアプローチは、見かけとは異なり、深奥では不作為救済（作為義務肯定）にかなりコミットしているように思われる。

B 裁判例

(1) H-16.3.24a〈学/取消〉東京地判¹⁾(判時1852号3頁)は、原告A、B、C、Dらの取消しの請求——20歳以上の学生を強制適用の対象から除外していた国民年金法の規定は、憲法25条、14条に違反するとともに、信義則、禁反言に違反し、無効ゆえ取消すべきとする——を立法者の裁量として斥ける（後述のH-16.3.24b〈学/取消〉東京地判参照）。しかし国民年金法30条の4に基づき障害基礎年金の支給が認められるべきとの原告A、Bの主張のうち、Aについては、被告社会保険庁長官の主張——「高校3年時の診療は、単なる視力低下に対するものであって、中心性神経細胞腫に対する診療ではないから、『初診日』には当たらない」、「初診日」と「発病日」は別個の概念であり、当該傷病に対する診療行為と評価できる行為が医師によって行われることを要する——を斥け、「法30条の4所定の『初診日』とは、疾病又は負

傷及びこれらに基因する疾病について初めて医師又は歯科医師の診療を受けた日を意味するところ（法 30 条 1 項）」、「原告 A は、20 歳未満である高校 3 年時に、中心性神経細胞腫（疾病）に基因する視力低下（疾病）について初めて医師（杏林大学病院眼科医）の診療を受け、その後、20 歳に達した日より後になって、中心性神経細胞腫による障害等級に該当する程度の障害を負うにいたった」ので法 30 条の 4 の要件に該当するとし、知事の原告 A に対してした障害基礎年金を支給しない旨の決定を取り消す。立法の不作為を理由とする A の国賠請求については、「処分庁が現行法自体の適用を誤ったことによって障害基礎年金が支給されなかったにすぎず、本来、立法不作為の有無にかかわらず障害基礎年金を受給し得る地位を有していたと認められ、立法不作為によって何らの損害も受けていない」とし、「原告 A の国家賠償請求はその余の点を判断するまでもなく失当」とする。原告 B については、『初診日』という概念は、医師が診療を行ったことを前提とするものであることは明らかであり、そうである以上、症状の発症時期が客観的に明らかであれば、医師の診療がなくともその時期が『初診日』に当たるとするのは、法解釈の限界を超えた主張である」として斥ける。

(2) H-17.4.22〈学/取消〉福岡地判²⁾(最高裁データベース)は、原告の主張——統合失調症の特性から、発症時期ないし前兆期と思われる時期に、統合失調症に起因する傷病によって医師の診断を受けている場合には、その受診日を「初診日」とすべきである——について、「初診日とは、疾病又は負傷及びこれらに起因する疾病について初めて医師等の診療を受けた日をいう」、「昭和 60 年改正法 30 条の 4 が傷病の発症のみならず、医師等による診療を要件とした趣旨は、医学的な判断を要求することにより、公平・迅速な認定を可能にすることにある」、「一般の傷病の場合には、医師等の診療を受けることにより傷病名が明らかになることが多いのに対し、統合失調症の前兆期の場合には、身体的な不定愁訴があり、神経症状等の症状が現れるものの、症状がほとんど目立たないこともあり、家族や周囲の者が気づかない場合もあるから、発症直後や前兆期に、統合失調症と認識した上で専門医に

受診する例は少なく、実際は統合失調症に起因する疾病であっても、統合失調症であると診断されない場合も少なからず生じる。かかる場合に、確定診断のないことを理由に、年金の支給を拒むことは、請求者の責に帰すべからざる事由による不利益を請求者に加えることになるから許されない。そこで、統合失調症又はこれに起因する疾病により医師（専門医に限られない。）の診療を受けた場合には、統合失調症であるとの確定診断を受けたかどうかにかかわらず、上記要件を充足するものと認めるのが相当」とし、事実を検討したうえで³⁾、「原告は初診日において 20 歳未満であった」とし、本件不支給処分取消しを求める部分は理由があるとする。適用除外規定が憲法 25 条及び 14 条等に違反し無効ゆえ昭和 60 年改正法 30 条の 2 第 1 項所定の支給要件を充足するものとして取り扱われるべきとの原告の主張、ならびに、立法不作為を理由とする原告の国賠請求については、違法が認められるかどうかにかかわらず、理由がないとし請求を棄却する。

(3) H-17.10.27・201〈学/取消〉東京地判⁴⁾(第 201 号, LEX/DB, ②→H-18.10.26〈学/取消〉東京高判)は、障害基礎年金不支給の処分の根拠となった国民年金法、又は処分自体が、憲法 14 条、25 条又は 31 条に違反することを根拠とする原告の取消し請求については、「そのような取消しがされただけでは障害基礎年金の請求が具体的に可能となるわけではな」い、として斥けるが、国民年金法 30 条の 4 に規定する「初診日」該当性について、「学生であって、20 歳となつてから、国民年金に任意加入することのないまま、医師による統合失調症の診療を受け、拠出制障害基礎年金の支給を受けられない者が、医師の事後的診断等により、統合失調症の症状が発現して医師の診療を受けることを必要とする状態となった時点が 20 歳前であると認められる場合には、国民年金法 30 条の 4 に規定する『初診日』の要件を例外的に拡張解釈することを認める必要性が高く、統合失調症の特質及び国民年金に任意加入することの期待可能性に照らせば、当該規定の趣旨自体に当該例外を許す根拠を見いだすことができ、かつ、『初診日』を要件とする他の関係規定の解釈等に照らしても、許容し難い弊害や問題が認められない特段の事

情が存在すると認められるから、当該『初診日』の要件を満たすと解するのが相当である」,「原告は、医師の診断により、20歳」「となる前に統合失調症の症状が発現し、医師の診療を受けることが必要となったことを医学的に証明しているから、本件処分時において、20歳前障害基礎年金の支給要件を満たしていたと認められる」とし、本件処分は取り消されるべきであるという。救済措置を講じなかったとする立法不作为の違法性の主張については、原告が、国民年金法30条の4の障害基礎年金を受給し得る地位を有するものと認められた以上、「その余の点につき判断するまでもなく、原告の国家賠償請求は理由がない」として棄却する。

(4) H-17.10.27・222〈学/取消〉東京地判(第222号, LEX/DB)は、H-17.10.27・201〈学/取消〉東京地判と同旨(両判決は、原告〔同じく統合失調症〕が異なるだけで、原告の代理人弁護士、被告、被告国指定代理人、裁判官も同一であり、判文も原告の個別の事情を除いて同一である)。

C このアプローチを支える思想

(1) 不作为救済(作为義務肯定等)へのかなりのコミット

(a) 社会保障関係

(ア) 何らの立法的手当をしないまま放置しておくことは憲法14条に違反する状態

H-16.3.24a〈学/取消〉東京地判は、原告B, C, Dの取消し請求に関し、昭和60年法制定時においては、「何らの立法的手当をしないまま放置しておくことは憲法14条に違反する状態となっていた」としながらも立法裁量アプローチで斥けているが、B, C, Dの立法不作为の国賠請求については、積極的な対応をしている(後述)。

(イ) 統合失調症の特性

H-17.10.27〈学/賠〉東京地判は、「統合失調症については、発病から医師の診療を受けるまでの期間が、患者本人や家族の偶然的な判断、行動に左右され、長期化する傾向もあることから、初診日をもって画一的に発病の日と

みることは、医学的見地からみて一般的に合理性があるとはいい難く、初診日の要件の本来の趣旨に合致しない」、「むしろ、20歳前障害基礎年金の支給要件に関しては、医師の診断等により、医学的にみて、医師の診療を必要とする状態に至った時点と解することが、医学的見地からのみならず、一般社会通念からもより合理性、客観性があり、公平といえる」と述べ、統合失調症の特性に言及する。

(2) 不作為非救済（作為義務否定等）へのコミット

(a) 社会保障関係

不作為非救済への積極的コミットを示すような記述は、見られない。

(3) 司法哲学

憲法判断に入らず、法律判断で事案を処理するこのアプローチは、一般論としては消極的な司法観といえるが、H-17.4.22〈学/取消〉福岡地判、H-17.10.27〈学/取消〉東京地判も、柔軟な法解釈⁵⁾により原告を救済しようとしており、また、H-16.3.24a〈学/取消〉東京地判には、後述するように積極的な司法観が見られる。

D このアプローチをめぐって

(1) 社会保障関係

H-16.3.24a〈学/国賠〉東京地判は、「疾病（中心性神経細胞腫）に基因する疾病（視力低下）に対する診療行為が行われている以上、その原因となっている疾病（中心性神経細胞腫）が確定されていなくとも、その診療行為の日を『初診日』と解することに、条文の文言上の妨げはない」とし、国民年金法30条の4に該当するとした。この点、「国民年金法30条の4を形式的に解釈するのではなく、傷病の特性も考慮してAを救済した点にも、救済を重視した裁判所の態度が窺われる」、「学生無年金者を法的に救済するために、『想像力』を働かせた判決と評価できる」⁶⁾、「東京地裁は、障害基礎年

金等の障害年金の受給要件の一つである『初診日』要件について、その趣旨を明らかにし、柔軟な解釈を示した点に大きな意義がある。これまで障害の直接の原因となった傷病についての医師・歯科医師の診療がないとの理由で不支給決定を受けた人に対して、障害基礎年金受給に道を開くものであり、とりわけ、国民年金に関する再審査請求の動向からみて、障害基礎年金に関するものが最も多い点でも、重要な判断であった』⁷⁾等の好意的なコメントが見られる⁸⁾。

注

- 1) 大学在学中に疾病、又は受傷して障害を負った原告 A, B, C, D が障害基礎年金の裁定に関する事務を機関委任事務として行っていた各知事に障害基礎年金の裁定請求を行ったところ、国民年金に任意加入していなかったことを理由に支給しない旨の処分を受けた。そこで、A, B, C, D らは、① このような事態を生じさせた国民年金法の規定は、疾病又は負傷によって障害を負った 20 歳以上の学生から所得保障としての年金の支給を受ける権利を奪う点において憲法 25 条に違反するとともに、これらの者を、何ら合理的な理由がないにもかかわらず他の国民から差別し、年金の支給を受けられないという不利益を与える点において憲法 14 条にも違反する、したがって、法 30 条の 4 の規定を憲法に適合したものとするためには、20 歳未満の者だけではなく、20 歳以上の学生が疾病にかかり又は負傷して障害を負った場合も障害基礎年金を支給するというように拡張ないし類推解釈するのが国民年金法の憲法に適合した正しい解釈である、② 任意加入の必要があることを周知徹底しないまま放置し、任意加入制度の存在を知らなかったために、その手続を行わなかった 20 歳以上の学生に任意加入をしていなかったことを理由に障害基礎年金の支給を拒絶することは、信義則、禁反言に違反する、等主張し、各知事に不支給処分の取消しを求めた（後に、社会保険庁長官が県知事の事務承継者となり、被告となっている）。なお、原告 A は、17 歳以前に中心性神経細胞腫という疾病に罹患しており、「視力の低下」のため大学病院眼科に受診していたゆえ、また、原告 B は、障害の原因となった脳出血は、先天性の脳動静脈奇形によるもので、幼児期から小学校 3 年ころまで、しばしば大量の鼻血を出し、鼻血の診療を受けた日が「初診日」に当たるとし、国民年金法 30 条の 4 の適用が認められるべきであると主張している（本判決は、この主張に反応したことになる）。さらに、原告らは、被告国には、原告らのような学生時代に疾病ないし傷害によって障害を負った者に年金を支給し、支援するための立法措置を怠ったことや無年金者に対して救済措置を講じなかったことなどについて立法不作为の違法があり、故意、過失

も認められるとして国賠責任を負う等の主張もした（後述）。本件以外の学生無年金訴訟において、各原告らの個別の事情は異なっても、原告らの主張は、ほとんど変わらない。

- 2) 大学在学中に統合失調症を発症した原告が、障害基礎年金の支給裁定を申請したところ、知事により、被保険者資格が認められないことを理由に同支給をしない旨の処分を受け、社会保険庁長官に対し、処分の取消しを求めた。原告は、適用除外規定の違憲無効を主張する他、統合失調症の特性——統合失調症の患者及びその家族は、同症の特殊性のため、発症の初期に、患者の奇異な言動が同症の発現であると認識することが困難である——ゆえ、統合失調症の診断時から遡って、発症時期ないし前兆期と思われる時期に、統合失調症に起因する傷病によって医師の診断を受けている場合には、その受診日を「初診日」とすべきであると主張し、仮に、昭和60年改正法30条の4第2項が直接適用されないとしても、同条が20歳未満の者に「初診日」がある場合には保険料を支払っていないくとも障害基礎年金を支給する無拋出制を定めた趣旨から20歳以上の学生にも同条項を類推適用すべきであると主張した。併せて、立法不作為に基づく国賠請求の主張も行う。
- 3) 判決は、昭和61年12月18日、A大病院精神科における統合失調症であるとの診断以前の「20歳未満の昭和59年6月12日には、B内科を受診して胃腸炎との診断を受け、昭和60年梅雨ころには、C内科を受診している」、同医院において、「原告は、不眠、吐き気及び頭痛を訴えて」おり、「睡眠障害は統合失調症の前兆期の典型的な症状である」という。そして原告の奇異な言動に言及し、「原告が、上記医院受診当時、不眠症状を呈する他の疾病に罹患していたことを認めるに足る証拠はないことを総合すると、原告の上記受診は、統合失調症の前兆期の症状によるものであったと推認することができる」とする。
- 4) 20歳以前に症状が出ていたが、20歳に到達した後に「統合失調症」と診断を受けたため、障害基礎年金不支給の処分を受けた原告が、被告社会保険庁長官に対し、不支給処分の取消しを求めるとともに、国に対し、損害賠償を求めた。
- 5) H-17.10.27〈学/取消〉東京地判は、『初診日』を障害基礎年金の受給資格判定の基準日とすることは、このような医学的基礎を有する点においては、一般的には合理性があるといえることができるが、反面、傷病の特質等に照らして、このような医学的基礎を有するとは認められない場合には、国民年金法30条1項及び30条の4の規定の趣旨自体からみて、『初診日』を形式的に解釈することについて合理性を欠くこととなり、例外的に拡張解釈を許容する余地がある」という。
- 6) 愛敬浩二・法セミ597号18頁（2004）。
- 7) 田中明彦・賃金と社会保障1378号13頁（2004）。
- 8) もっとも、あるコメントは、本判決のように初診日をさかのぼらせた場合、障害者に不利になることも有利になることもあることに言及し、「本判決による初診日

の解釈では、障害年金の請求者は自己に有利となる診療日を初診日であると主張するおそれがある。有利な方を初診日とする解釈は法的安定性を欠くし、負傷のように初診日が明らかな場合と比べて不公平となる。全国一律に定型的な事務処理を行う必要がある年金保険においては、『診療を受けた症状が障害の原因疾患に起因することが医師によって診断された日』を初診日としなければ、円滑に運営されないのではないかという疑問がある。ただし、これを原則としつつも、事後的に医学的診断により、初診日をさかのぼらせることを例外的に認めることも必要であろう。原告・被告とも「A」に対する判決については控訴しなかったもので、残念なことには、この問題についての上級審の判断は示されないことになった」という。堀勝洋・判評 550 (判時 1870) 165 頁 (2004)。

β タイプ

(一) 「法律 (国賠法) 判断」アプローチ

A 概要

これは、憲法問題を提起している訴えに対し、憲法判断に入らず、国賠法レベルの判断で処理し、原告敗訴とするアプローチである。選挙権関係の議員定数不均衡と在外選挙権を争う事件で見られる。後者の場合、みかけとは異なり、不作為救済 (作為義務肯定) への強いコミットが内在する。

B 裁判例

(1) S-53.10.19 (選(定数)/賠) 東京地判¹⁾(判時 914 号 29 頁) は、原告らの主張——議員定数配分規定は憲法 14 条 1 項違反であり、改正義務があるのにそれを故意又は過失により怠った——について被告政党の代表者らの本件前の主張を斥け²⁾、国を除く被告らに対する請求を斥ける³⁾。そして、議会制民主主義における選挙権、1 人 1 票の原則の重要性にふれるが (後述 C(1) (a)(7) 参照)、本件は、「原告らの被告国に対する請求は、国賠法に基づく損害賠償請求権の主張であり」、認定した事実関係の下においては、「本件議員定数配分規定が違憲の状態にあるかどうかについては、相当な根拠をもった相

反する見解が存しうるところであり、その判断は必ずしも即座に明快には決し難く、「しかも、本件議員定数配分規定は本件選挙の実施される前年に改正されたものであり、その後に行われた国勢調査の結果新たな人口較差が明らかとなった時点より本件選挙までには1年に満たない期間しか存しなかったことが推認され、かつ、その間に右規定の再改正を求める請願もなかったことなどを総合して考えると、昭和50年」「公職選挙法の改正当時から本件選挙までの間、被告三木らを含む国会議員の多数が、本件議員定数配分規定が違憲の状態にあるものと判断せず、これを是正するために立法権の行使をしなかったとしても無理からぬところであり」、「原告らの選挙権が違憲、違法に侵害されたとしても、これらにつき被告三木らを含む国会議員に故意又は過失があったものとはいえない」とし、国賠「の要件の1つである故意又は過失の存在が否定されるものである以上、本件議員定数配分規定が違憲であるかどうか、また、国会が、本件選挙までの間に、選挙区間の議員1人当りの人口数の較差を是正する立法をしなかったことを違憲、違法なものであるべきかどうかについての具体的判断は」、「なすべき要をみない」とし、棄却する。

(2) S-56.11.30〈選(定数)/賠〉東京地判⁴⁾(判時1024号32頁)は、議会制民主主義における選挙権、1人1票の原則の重要性にふれ、「殊に右投票価値の不平等が一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達したときには、その議員定数規定は憲法の規定に反することとなるから、内閣及び国会議員としては是正するための法案を提出又は発議すべき法的義務を負う」とするものの、「諸点を考慮するならば、本件総選挙当時千葉県第4区の選挙人の投票の価値において、他の選挙区の選挙人のそれとの間に」前「較差があったとしても、内閣又は国会議員においてこれを是正するための法案を提出、発議しなかったからといって、当時の内閣の構成員及び国会議員に故意又は過失があったものとみることはできない」、「本件総選挙当時における議員定数配分規定が憲法の規定に反するかどうかを含めその他の点を判断するまでもなく、原告らの請求はその理由がない」として、請求を棄却

する。

（3） H-17.9.14 〈選（在外）/賠〉 最大判の泉裁判官は、多数意見が、平成 8 年 10 月 20 日に実施された衆議院議員の総選挙までに在外国民に国政選挙における選挙権の行使を認めるための立法措置が執られなかったことについて国賠請求を認容した部分に関し、上告人らの「精神的苦痛は国家賠償法による金銭賠償になじまないので、本件選挙当時の公職選挙法の合憲・違憲について判断するまでもなく、上告人らの国家賠償請求は理由がないものとして棄却すべき」とし、一部反対意見を述べる（以下、泉一部反対意見とよぶ）。

C このアプローチを支える思想

（1） 不作为救济（作为義務肯定等）へのある程度、もしくは、強いコミット

（a） 選挙権関係

（ア） 選挙権は議会制民主主義の根幹

S-53.10.19 〈選（定数）/国賠〉 東京地判は、「選挙権は国民の国政への参加を保障する権利として議会制民主主義の根幹をなし、憲法の保障する基本的人権のうち最も重要なもののひとつであって、選挙権の投票価値の平等をはかることは、憲法上の要求である」、「選挙区及び議員定数をどのように区分、配分するかは国会の裁量事項であるとしても、国会がその裁量により定めた具体的な選挙区及び議員定数の配分規定によって選挙権の投票価値の不平等が直接もたらされている場合であって、その不平等が憲法（同法 14 条 1 項、15 条 1 項、3 項、44 条但書）上許容される限度を超えているのかかわらず、国会がその是正措置を講ずるために通常必要と考えられる合理的期間内に右是正のために立法権を行使しなかったときには、その不行使は違法、違憲なもの」という。S-56.11.30 〈選（定数）/賠〉 東京地判も同旨。

（イ） 国会の立法権は現行法秩序の許容する範囲内においてのみ自由裁量

S-53.10.19 〈選（定数）/国賠〉 東京地判は、「憲法は、国の最高法規で、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部はその効力を有しない（98 条 1 項）ものであり、国民の基本的人権

は、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする（13条）ところ、国会議員は憲法尊重擁護の義務を負う（99条）ものであるから国会の立法権は全くの無制約な自由裁量に委ねられたものと解することはできず、あくまで憲法を頂点とする現行法秩序の許容する範囲内においてのみ自由裁量たりうる」という。

（ウ） 基本的権利である選挙権の行使に関し、裁判所としては、国民に対してできるだけ広く是正・回復のための途を開き、その救済を図らなければならない。H-17.9.14〈選（在外）/賠〉最大判の泉一部反対意見は、「国民が、憲法で保障された基本的権利である選挙権の行使に関し、正当な理由なく差別的取扱いを受けている場合には、民主的な政治過程の正常な運営を維持するために積極的役割を果たすべき裁判所としては、国民に対してできるだけ広く是正・回復のための途を開き、その救済を図らなければならない」という。

（2） 不作為非救済（作為義務否定等）へのかなり強いコミット

（a） 選挙権関係

（ア） 非人口的要素をどの程度重視すべきかについて裁判所の見解が分かれている

S-53.10.19〈選（定数）/国賠〉東京地判は、東京高判昭和53年9月11日、同53年9月13日を援用しつつ、「議員定数配分規定による選挙区間の議員1人あたりの人口数の較差が3倍前後となる場合、右規定を憲法14条等に違背するものと解すべきかどうかは、わが国が以前から採用してきた中選挙区制を維持する前提に立つかぎり民意の効果的反映をはかる等のために考慮する必要がある行政区画、選挙区の面積、地域的一体性、交通事情、住民構成等のいわゆる非人口的要素をどの程度重視すべきかによって異なった結論となるものであることは、これによって終局的判断権をもつ裁判所の見解が分れている」、「本件選挙当時まで右の点について最高裁判所の判断は示されていないかった」ともいう。S-56.11.30〈定数/国賠〉東京地判は、最高裁昭和

51 年大法廷判決は、較差がどの程度に達すれば憲法の規定に反することになるかの点については明示していないという。

(イ) 選挙人の投票価値を全く同一ないしはそれに近い状態とすることは至難

S-56.11.30〈選(定数)/賠〉東京地判は、「すべての選挙人の投票価値を全く同一ないしはそれに近い状態とすることは選挙制度の在り方と関連して至難なことであるうえ、そもそも内閣又は国会議員が法律案を提出又は発議するかどうかはその時期、内容を含めて、その時点のあらゆる諸状況を踏まえたうえ、高度の政治的、政策的判断のもとに決定されるべき事柄であり、議員定数の配分決定に当たっても選挙制度としてどのような制度をとるのかの問題が根本的に存在するが、現行の中選挙区制を前提とする限り、地域的一体性、行政区画、選挙区の面積、住民構成、交通事情、人口数変動のすう勢等諸般の状況を総合検討しなければならない」という。

(ウ) 請願の事実はない

S-53.10.19〈選(定数)/国賠〉東京地判は、「国民は、参政権のひとつとして、法律、命令又は規則の制定、廃止又は改正その他の事項に関し、平穩に請願する権利を有する（憲法 16 条）ものであり、適式な請願は各官公署においてこれを受理し、誠実に処理しなければならないとされる（請願法 5 条）ところ、原告ら及びその他の国民が、本件議員定数配分規定について」「昭和 50 年 7 月 3 日の改正法成立後、第 77 回通常国会及び第 78 回臨時国会を経て、昭和 51 年 12 月 5 日に実施された本件選挙までの間に、選挙区間の議員 1 人あたりの人口数の較差をより少ないものにすることを求めて国会（国会法 79 条ないし 82 条）又は内閣に請願をしたとの事実は、本件において、これを窺い知るに足る資料がない」という。

(エ) 国賠訴訟は、適切な権利回復の方法がない場合に残しておくべき

H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判の泉一部反対意見は、「本件国家賠償請求は、金銭賠償を得ることを本来の目的とするものではなく、公職選挙法が在外国民の選挙権の行使を妨げていることの違憲性を、判決理由の中で認定

することを求めることにより、間接的に立法措置を促し、行使を妨げられている選挙権の回復を目指している」、「上告人らは、国家賠償請求訴訟以外の方法では訴えの適法性を否定されるおそれがあるとの思惑から、選挙権回復の方法としては迂遠な国家賠償請求を、あえて付加したものと考えられる。一般論としては、憲法で保障された基本的権利の行使が立法作用によって妨げられている場合に、国家賠償請求訴訟によって、間接的に立法作用の適憲的な是正を図るという途も、より適切な権利回復のための方法が他にない場合に備えて残しておくべき」という⁵⁾。

(オ) 選挙権は公務的性格を有し、純粋な個人的権利とは異なる側面を持つ

H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判の泉一部反対意見は、「本件で問題とされている選挙権の行使に関していえば、選挙権が基本的人権の1つである参政権の行使という意味において個人的権利であることは疑いないものの、両議院の議員という国家の機関を選定する公務に集団的に参加するという公務的性格も有しており、純粋な個人的権利とは異なった側面を持っている」という。

(カ) 精神的苦痛は金銭賠償になじまない

H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判の泉一部反対意見は、「立法の不備により本件選挙で投票をすることができなかった上告人らの精神的苦痛は、数十万人に及ぶ在外国民に共通のものであり、個別性の薄いものである。したがって、上告人らの精神的苦痛は、金銭で評価することが困難であり、金銭賠償になじまない」、「上告人らの上記精神的苦痛に対し金銭賠償をすべきものとすれば、議員定数の配分の不均衡により投票価値において差別を受けている過小代表区選挙人にもなにかの金銭賠償をすべきことになるが、その精神的苦痛を金銭で評価するのが困難である上に、賠償の対象となる選挙人が膨大な数に上り、賠償の対象となる選挙人と、賠償の財源である税の負担者とが、かなりの部分で重なり合うことに照らすと」「精神的苦痛はそもそも金銭賠償になじまず、国家賠償法が賠償の対象として想定するところではない」という⁶⁾。

(3) 司法哲学

議員定数にかかわる S-53.10.19〈選(定数)/賠〉東京地判, S-56.11.30〈選(定数)/賠〉東京地判とも、選挙権は議会制民主主義の根幹だという。しかし、前者が、「議員定数配分規定によって国民の選挙権の投票価値の不平等が憲法上許容される限度をこえていると判断される場合には、国会は合理的期間内にその是正措置を講ずべき義務を負う」が、この「判断はもとより国会の自律的判断によるべきであり、裁判所の終局的判断を待ってなされるべき事からでない」というように、結局は、司法自制のスタンスをもつ。他方、H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判の泉一部反対意見は、「選挙権の行使についての立法の不備による差別的取扱いの是正について、裁判所は積極的に取り組むべきであるが、その是正について金銭賠償をもって臨むとすれば、賠償対象の広範さ故に納税者の負担が過大となるおそれが生じ、そのことが裁判所の自由な判断に影響を与えるおそれもないとはいえない。裁判所としては、このような財政問題に関する懸念から解放されて、選挙権行使の不平等是正に対し果敢に取り組む方が賢明である」と述べており、そこには、積極的な司法観を見ることができる。

D このアプローチをめぐる

(1) H-17.9.14〈選(在外)/賠〉最大判の泉一部反対意見は、選挙権の行使を妨げられた原告の精神的損害に対する賠償は金銭賠償になじまないとした。これに対し、福田補足意見は、共感を覚えるとしつつも、「在外国民の選挙権の剥奪又は制限が憲法に違反するという判決で被益するのは、現在も国外に居住し、又は滞在する人々であり、選挙後帰国してしまった人々に対しては、心情的満足感を除けば、金銭賠償しか救済の途がない」、「代表民主制の根幹を成す選挙権の行使が国会又は国会議員の行為によって妨げられると、その償いに国民の税金が使われるということを国民に広く知らしめる点で、賠償金の支払は、額の多寡にかかわらず、大きな意味を持つ」と批判する。

この点、「一般論としての両者の関係は別にして、少なくとも選挙権の行使が本来の目的であり金銭的評価になじみにくい本件のような場合には、確認請求の認容だけで十分であったように思える」⁷⁾というように泉一部反対意見に好意的な見解も見られるが、「すでに帰国した在外国民は、将来の選挙の違憲性の確認を求める当事者適格を欠くため、金銭賠償以外に救済を受ける方法をもたないという福田博補足意見の応答」⁸⁾が傾聴に値する⁹⁾、「選挙権の制限は本来金銭賠償になじまないというこの指摘にはもっともな点がある」が、『代表民主制の根幹を成す選挙権の行使が国会又は国会議員の行為によって妨げられると、その償いに国民の税金が使われるということを国民に広く知らしめる点で、償金の支払は、額の多寡にかかわらず、大きな意味を持つというべき』という指摘は、傾聴に値する⁹⁾、「職務行為基準説によっても、本件のように違憲判断を得られるとしても、過去の法律関係については、確認の利益は認められないのであるから、国家賠償請求によるしか救済方法はないだろう。また、今回の行政事件訴訟法改正によって、行政訴訟のメニューが増えたが、国家賠償請求と併用される場合の違法判断の在り方が、改めて検討されねばならない」¹⁰⁾、「たしかに本件のような国賠訴訟は、訴訟要件の厳しい違憲確認訴訟等の代用手段として用いられてきたこともあり、違法確認により『選挙権を付与せよ』という訴訟の実質目的が達成されることを考えれば、そのような考え方も注目される。ただし、一般的には国賠訴訟によらなければ救済されえない権利問題や、こちらの方が争いやすい場合が依然あることを忘れてはなるまい」¹¹⁾等、泉一部反対意見に批判的コメントが多いように思われる¹²⁾。

注

- 1) 昭和51年12月5日、衆議院議員選挙が行われた。東京都第7区の選挙区で選挙権を行使した者が、昭和50年10月1日現在を基準にした議員1人あたりの人口格差（東京都第7区と兵庫県第5区の比率は3.34）は違憲無効であるとし、本件選挙前の第77回通常国会及び第78回臨時国会の各会期中において、政党の代表（三木、成田、不破、竹入、春日）、国会議員、内閣総理大臣に対し、違憲の本件議員定数配分規定を憲法に適合するように改正するための法律案を提案することができ

たにかかわらず、故意又は重大な過失により、これを怠ったため、選挙において、憲法上の平等な選挙権の行使を侵害されて著しい精神的苦痛を被ったとして、民法 709 条、719 条、国賠法 1 条 1 項により、損害賠償を求めた。

- 2) 本件訴えは、いずれも裁判所法 3 条 1 項の法律上の争訟にあたらないとする政党の代表者の反論について、「単に抽象的に法令の効力につき違憲審査を求めたり」、「本件議員定数配分規定の改正行為それ自体を訴求しているものではない」、「本件の原告らと被告らとの間には法令の適用により終局的に解決しうる具体的な法律関係ないし権利義務関係の存否に関する紛争がある」とする。また、本件訴は憲法 51 条により免責の保障された国会議員の職務行為について法的責任を問うもので不適法であるという被告竹入の主張について、「免責の対象となる行為は必ずしも演説、討論及び表決にのみ限られず、議員のした職務上の言論活動に一体不可分の付随して行われた行為もまたその対象になる」、「右の免責は、国会議員に対する裁判権を排除したり、あるいは訴訟障害事由になるとはいえず、本案請求の当否に関する問題」だとする。
- 3) 判決は、被告三木、成田、不破、竹入、春日ら政党の代表者に対する請求について、最 3 判昭和 30 年 4 月 19 日、最 3 判昭和 47 年 3 月 21 日を援用し、「国のみが国賠法 1 条 1 項に基づいてその賠償の責を負うものであり、当該公務員個人は、被害者に対し、直接に損害賠償責任を負うものではない」、「国の責任が肯定されるときには、その前提として当該公務員の職務義務違反が確定され、これによって公務執行の適正を担保する機能も果たされる」として斥ける。
- 4) 昭和 54 年 10 月 7 日施行の衆議院議員選挙において、千葉県第 4 区で選挙権行使した者が、本件議員定数配分規定が投票価値に較差（千葉県第 4 区と兵庫県第 5 区との間では、昭和 50 年 10 月 1 日現在の議員 1 人あたりの人口数の比率が 3.7、選挙人数の比率が昭和 51 年 9 月 1 日現在で 3.48、昭和 52 年 9 月 1 日現在で 3.59、昭和 53 年 9 月 1 日現在で 3.74、昭和 54 年 9 月 1 日現在で 3.88）が違憲であるにもかかわらず、内閣又は国会議員が故意又は過失によってこれを放置し、改正法案を提出又は発議しなかったため原告らが精神的苦痛を受けたとして国賠を求めた。
- 5) 泉一部反対意見は、「当該権利の性質及び当該権利侵害の態様により、特定の範囲の国民に特別の損害が生じているというような場合には、国家賠償請求訴訟が権利回復の方法としてより適切である」ともいう。
- 6) 泉一部反対意見は、「金銭賠償による救済は、国民に違和感を与え、その支持を得ることができないであろう」、「当裁判所は、投票価値の不平等は正については、つとに、公職選挙法 204 条の選挙の効力に関する訴訟で救済するという途を開き、本件で求められている在外国民に対する選挙権行使の保障についても、今回、上告人らの提起した予備的確認請求訴訟で取り上げることになった。このような裁判による救済の途が開かれている限り、あえて金銭賠償を認容する必要もない」という。

- 7) 米沢広一・ジュリ臨増 1313 号 8 頁 (2006)。
- 8) 赤坂正浩・判評 572 (判時 1937) 176 頁以下 (2006)。
- 9) 野坂泰司・法教 315 号 89 頁 (2006)。
- 10) 早坂禰子・法令解説資料総覧 289 号 82 頁 (2006)。
- 11) 新井誠・法セミ 612 号 77 頁 (2005)。
- 12) なお、議論のコンテクストは異なるが、「不快感・焦燥感等に対して損害賠償を認めても、それは名目的な損害賠償額になるかかもしれず、名目上の損害賠償は認められないとするのが通説・判例である」が、「国賠制度の監視的機能からすれば、名目上の損害賠償といえども、これを直ちに否定すべきではない」という主張がある。西莚章『国家賠償法』218 頁 (1997)。